

## 憲法學의 當面課題

崔 大 權\*

### 1

우리나라 憲法學의 當面課題는 무엇일까? 憲法學上 우리나라에서는 도대체 무엇이 問題인가? 이러한 質問이 이번(1986년 12월 5~6일)에 法學研究所가 마련한 세미나의 중심되는 問題點이라고 생각한다. 그리고 이러한 問題點에 대한 대답은 報告者의 憲法學者로서의 問題意識에서 出發하지 아니할 수 없는 것으로 믿는다.

### 2

本 報告書가 보는 우리나라에 있어서의 憲法學上의 問題點은 憲法規範과 憲法現實과의 乖離의 問題라고 생각한다. 다만 憲法規範과 憲法現實과의 단순한 乖離의 問題라면 그것은 어떠한 規範現象에도 따르게 마련인 一般的인 問題에 불과하게 된다. 가령 理想과 現實, 當爲와 事實 사이의 乖離와 같은 高次的 抽象的 問題에는 이르지 아니하더라도 憲法上의 問題로나마 나라마다 그 모습과 程度의 差異는 있을지언정 우리나라에만 特有的 問題가 아님은 물론이다. 그러므로 우리가 이곳에서 提起하고 싶은 것은 우리나라에 있어서의 憲法規範과 憲法現實과의 乖離現象이 具體的으로 어떠한 모습을 띠고 있는가 하는 問題이다. 즉 普遍的 問題로서의 憲法規範과 憲法現實과의 乖離의 問題가 아니고 우리나라에 있어서의 이같은 乖離의 問題가 具體的으로 어떠한 모습의 것인지, 어떠한 構造를 가지고 있으며, 예컨대 英, 獨, 佛, 美國이나 日本의 그것과 어떻게 다른지, 어떠한 原因이 이같은 具體的 모습의 乖離를 가져오게 만드는 것인지를 규명하는 問題라고 생각한다. 이같은 問題의 糾明을 전제로 하고서만 우리의 憲法問題 解決에 妥當하고 適切한 處方, 이같은 處方으로서의 憲法政策論, 立法論 또는 解釋論이 가능하며, 이렇게 할 때에 비로소 우리는 우리의 憲法學을 行한다고 말할 수 있다고 믿는다. 우리가 이 機會를 겹쳐서 우리 自身の 省察의 機會로 삼는다면 우리는 아직까지 이러한 의미——우리의 問題를 診斷하고 우리의 問題에 대하여 處方하는 의미——의 우리의 憲法學을 行하여 오지 못하였다는 것이 本 報告者가 가지는 問題意識이다.

아마 다음과 같은 事實도 우리나라의 憲法規範과 憲法現實의 乖離의 한 모습일 것이다.

\* 서울大學校 法科大學 教授

즉 우리나라에 있어서의 憲法學이란 現實과 동떨어진 論議가 중심이 되어온 事實이 그것이다. 現實을 떠난 論議를 행하다 보니 憲法學의 論議는 抽象的인 것이 되거나 外國의, 그것도 英, 獨, 佛, 美, 日 등의 憲法制度나 裝置, 憲法判例와 憲法慣行을 論議하고 소개하는 것이 되었다. 現實을 떠나 抽象的·一般的 論議에 그치거나 外國의 것을 소개하는데 그치게 된 데에는 예컨대 「어용」이라고 몰아치는 구설수에 빠지지 않으려고 하고 또는 어떠한 立場을 밝혔다가 직접·간접적으로 받게되는 政治的·社會的 壓力으로 부터 벗어나거나 처음부터 피하려고 하는 등의 다분히 의도적인, 學者側의 理由나 辯明이 있을 수 있는 것도 사실이고, 한편 學者의 論議를 學者의 論議로서 받아들이지 못하는 政治的·社會的 분위기에 도 理由가 있는 것이 사실이다. 그래서 우리나라의 問題를 다루면서도 外國의 憲法實例를 들어 이야기하는 것이 편리한 때가 많다. 그러나 한편 外國의 것을 소상하게 잘 알아야 學問을 잘하는 것으로 보는 우리 社會의 知性的 雰圍氣에도 理由가 있음을 부인할 수 없다. 外國의 것을 소개하는데 그친것이 論文으로 이해되고 있는 수가 많은 것이다. 그리하여 우리나라의 憲法學——憲法學이나 法學에 한정된 이야기는 아니지만——이 “버티”냄새가 난다고 하는 이야기를 듣고 있는 것이 그 現實이다.

그런가하면 憲法學은 法科大學의 受講科目으로 그리고 司法試驗 등 國家試驗의 受驗科目으로 되어있을 뿐 實務나 現實에는 거의 쓸모가 없는 科目으로 되어있는 것이 또한 現實이다. 「學校에서 배운 것은 社會에 나와서는 거의 쓸모가 없다」고 하는 경우의 代表的 例 가운데 하나로 憲法學이 들어가고 있다는데 대하여 의문을 제기하는 사람은 많지 않을 것이다. 實務위주의 教育을 시키는 司法研修院에서 憲法科目을 가르치지 아니하고 있다는 事實은, 한편으로는 우리나라 憲法의, 그리고 그것을 學問의 對象으로하는 憲法學의, 實情을 반영하고 있을 뿐이라는 點에서 너무나 당연한 것으로 받아들일 수도 있지만, 다른 한편으로는 참으로 놀랍고 당혹스러운 事實이라고 생각한다. 아니 이럴수가 있단말인가? 憲法을 「나라의 最高法」이라고 가르쳐 온 憲法學者의 立場에서는 참으로 그 놀라움이 크다고 아니 할 수 없다. 우리나라의 判·檢事·辯護士 등 法實務家를 獨占的으로 訓練·養成해 내는 司法研修院에서 憲法을 가르치지 아니한다는 點은 분명히 우리나라 法院이 보여주는 우스꽝스럽도록 극단적인 司法的自制 내지 司法的 消極主義의 傾向과 밀접한 關聯性을 가지는 것이라고 判斷된다. 憲法이란 쓸모가 없는 것으로 가르치는 결과가 된다. 가르치지 아니하고 또 배우지 아니하니까 모르고 모르니까 또한 쓰지 않게 되는 까닭이다. 나아가 憲法的 判斷은 피하는 것이 賢明하다는 처세술을 넘지시 가르치는 결과도 된다고 생각한다.

憲法 또는 憲法學이 쓰이지 않기로는 이제 法官訓練 및 司法過程에서만이 쯤는가? 다만 法官을 養成하는 訓練過程 및 法을 適用하고 宣言하는 職務를 가진 司法過程에서조차 그러하다는 것이 두드러져 보일 뿐이다. 그리고 問題가 이러한데 대하여 장차의 法官 기타 法曹人의 法學教育을 담당하고 있는 法學教授로서 한 가닥의 責任感을 느끼지 않을 수 없

다는 것이 本 報告者의 생각이다. 司法試驗등 國家試驗에서나 쓰일 뿐 實務나 現實에 아무런 쓸모도 없는 知識을 가르쳐 온 것이 아닌가 하는 自省의 생각을 하게 만드는 까닭이다. 우리는 왜 살아있는 憲法, 實務에 쓰이고 現實에 妥當한 憲法을 研究하고 가르쳐 오지 못하였는가, 왜 그러한 憲法을 만드는 方案을 研究하고 혹은 提示하여 오지 못하였는가, 결과적으로 憲法을 쓸모없는 것으로 생각케 하는 法學教育을 시켜온 것이 아닌가 하는 생각을 금할 수 없다. 憲法知識을 가르치고 外國의 憲法制度는 잘 소개하였는지 모르나 憲法을 살아있는 憲法으로서, 즉 우리의 思考와 生活의 一部가 되어있는, 그리고 그 一部가 될 수 있는 憲法으로서 가르치지 못한 것이다. 그러한 만큼 憲法問題를 現實의 實際的 問題와 관련하여 思考하고 判斷하며 分析하고 行動하는 훈련을 缺하고 있다. 예컨대 우리 憲法 第35條 2項(基本權의 限界와 制限 條項)과 관련하여 憲法의 留保, 法律의 留保, 內在的限界, 明白現存危險의 原則과 같은 外國의 概念이나 基準 또는 制度의 소개가 두드러진 반면에 정작 第35條 2項을 살든 좋은 살아서 우리를 規律하는 憲法條項으로서 부각시키지 못하고 있다<sup>(1)</sup> 그런가하면 司法過程上으로나 立法過程上으로 관계된 憲法論議를 第35條 2項을 중심으로 展開하고 있는 例를 本 報告者는 별로 보지 못하고 있다. 지난 해 여름(1985年 7·8月)의 學園安定法論議에 있어서도 贊反 兩 쪽 다 憲法 第35條 2項을 擧論하여 자기 쪽 立場을 正當化하고 支持·補強하려고 한 케이스를 보지 못하였다. 당시의 憲法論議는 오히려 第11條 1項의 「保安處分」을 중심으로 하였으며, 그나마도 學園安定法 贊反論議 가운데서 第11條 1項의 保安處分을 중심으로한 論議가 차지하는 비중은 반드시 큰 것이 아니었다. 이같은 중요한 憲法論議를 놓고 관계되는 憲法條項이 문제가 안된다면 그 憲法條項은 도대체 무엇이란 말인가? 그렇다고 第35條 2項을 改廢하여야 한다는 立法論 또는 憲法政策論이 擧論되고 있는 것도 아니지 아니한가?

이것은 憲法規範이 介在된 問題의 論議를 展開하면서 非憲法的인 論議로 이끌어 가는 우리나라 法文化의 일반적 패턴을 보여주는 것이라고 생각된다. 그러므로 이러한 例가 어찌 第35條 2項의 경우에만 그치겠는가?

한편 우리나라의 憲法學은 주로 統治機構에 관련된 매번의 憲法改「定」時 마다 필요한 憲法知識을 제공하는 役割을 수행하여 왔다. 우리나라의 憲法史는 改憲의 歷史, 그것도 爲人設官의 改憲의 歷史였고, 그때마다 憲法學은 필요한 外國의 모델이나 制度에 관한 知識을 빌려주는 役割을 행하였으며, 따라서 결과적으로 넓은 의미의 (既存)憲法의 破壞에 기여하여 왔다고 할 수 있다. 그러나 憲法이 事實이 아니고 規範이(어야)하며 規範인 이상 그 遵守야말로 憲法學이 다루어야하고 기여하여야 할 가장 중요한 當爲課題의 하나가 아닐까?<sup>(2)</sup> 그러한만큼 憲法學이 우리나라의 憲法現實(즉 改憲)에 봉사하여 쓸모없는 憲法規範으로 부

(1) 崔大權, 「基本權의 制限 및 限界」에 관한 한 研究, 서울大學校 法學 22권 3호, 158-173면 참조.  
 (2) 崔大權, 「憲法의 法的性格에 관한 한 考察」, 牧村 金道稔博士 華甲記念 現代公法の 理論(서울: 學研社, 1982), 60-84면 참조.

터 憲法現實의 거리를 멀게 만드는데 기여하여온 셈이다.

## 3

1948년에 우리나라 최초의 近代的憲法이 制定·公布되고 이 憲法에 근거하여 大韓民國政府가 수립된 이래로 여덟 차례<sup>(3)</sup>에 걸친 憲法改「定」이 있었고, 지금 이 時點(1986)에서도 憲法改定에 관한 論議가 심각하게 전개되고 있다. 그리고 公式的으로 改憲案이 채택되었던 시점 중간 중간에도 심각한 改憲論議가 여러번 있었다. 여기서 제기하고 싶은 것은, 결코 길다고 할 수 없는 우리나라의 憲法史가 여덟번의 改憲과 수많은 改憲論議로 점철되어 왔다는 사실 뿐만 아니라, 그 많은 改憲과 改憲論議가 거의 한결같이 憲法의 統治構造에 관한 것이었다는 點, 특히 權力의 便宜를 위한 것이었다는 點이다. 따라서 우리가 심각하게 제기하여야 할 우리나라에 있어서의 憲法規範과 憲法現實의 乖離의 問題는 우리에게 憲法이란 무엇이나 하는 質問이라고 생각한다.<sup>(4)</sup> 이것은 말하자면 平和的 政權交替에 대하여, 예컨대 拷問을 비롯한 人權侵害에 대하여, 憲法이란 무엇이나 하는 質問도 된다고 생각한다. 憲法이 주는 宣言의 및 裝飾의 效果를 제외하고 논한다면, 憲法이란 도대체 무엇이란 말인가? 憲法에 규정하는 政府形態가 大統領中心制나 議員內閣制나 혹은 二元執政制나 어떠한, 어느 基本權을 규정하였느냐, 어떻게 규정하였느냐 하는 것들이 무슨 의미를 가지는 것이냐? 英國에는 成文憲法典 자체가 없지 아니하냐? 憲法에 무엇을 어떻게 규정하여 놓았다는 것이 중요한 것이 아니고 실은 憲法에 규정하여 놓은 것을 지키고 實行하는 것이 중요하지 아니하냐? 잘 지키지 아니한다면 憲法에 아무리 좋은 것(예컨대 三選禁止條項, 호화로운 基本權保護條項, 拷問禁止條項등)을 규정하여 놓았더라도 아무 의미도 없는 것이 아니냐? 그럼에도 불구하고 우리나라의 憲法史는 일단 制定·公布한 憲法을 지키고(遵守) 따르기 보다는 政治的必要에 따라 (넓은 의미로) 破壞하고 다시 만든(즉 改定한) 歷史라고 해 수 있는데, 이것은 어떠한 原因이나 理由 때문일까? 이같은 原因이나 理由를 다스리는 方法은 없는 것인가? 어떻게 하면 잘 만들어 놓은 憲法을 잘 지키고 잘 實行하게 되는 것인가? 결국 이러한 質問들이 우리의 憲法史를 바라보면서 제기하여야 할 가장 심각한 質問들이 아닐까?

이같은 質問은 憲法에 관한 다음과 같은 原論的인 思想(idea)에서 나오는 것임을 밝힐 필요가 있다. 즉 憲法에 규정된 基本權은 權力擔當者에게 基本權의 尊重 및 保障의 義務를 부과하는 것이며, 나아가 權力擔當者의 行動에 限界를 설정하는 것을 의미한다. 權力分立의 原理가 政府權力의 集中을 막고 따라서 政府權力에 대한 制約으로 작용할 것임은 물론이다.

(3) 崔大權, “立憲主義와 民主主義”(韓國政治學會 編, 安清市 등 著, 現代韓國政治論[서울: 法文社, 1986]의 제13장), 358면 및 그곳 註(1)에 인용된 資料 참조.

(4) 필자의 前揭論文 “立憲主義와 民主主義” 358-359면 참조.

「權利的 保障이 確保」되어 있고 「權力の 分立이 規定」된 憲法은 따라서 政治權力에 대한 制約(restraints)을 本質로 하고 있다.<sup>(5)</sup> 그러므로 政治權力에 대한 制約을 내용으로 하지 아니하는 憲法(예컨대 소련憲法)은 그 宣言的 및 裝飾的 效果나 이데올로기의 內容에 관계없이 憲法이라 할 수 없다. 憲法을 통하여 政治權力에 효율적인 制約을 가하고, 이리하여 政治權력을 설명하고 合理化하는 原理를 立憲主義라 할 수 있다. 立憲主義란 憲法에 定한 「게임 룰」에 따른 政治를 의미하며, 「게임 룰」은 政治權力에 대한 효율적인 制約을 內容으로 한다. 그러므로 憲法이란 權力制約에 관 技術이라 할 수 있다.

政治權力에 대한 制約의 原理, 合理化의 原理를 立憲主義라고 넓게 이해할 때에 立憲主義란 權利를 保障하고 權力을 分立시킨 憲法을 내용으로하여 전개되는 近代的 立憲主義에 한정되지 아니한다고 생각된다. 왜냐하면 古代 및 中世의 立憲主義도 논할 수 있는 까닭이다. 이러한 생각은 立憲主義와 民主主義 또는 우리가 말하는 「民主化」와가 어떠한 關係에 있느냐 하는 質問을 제기케 만든다고 생각한다. 결론부터 이야기하면, 立憲主義와 民主主義는 同意語가 아니다. รัสเซีย의 急進的 民主主義는 制約의 原理를 포함하지 아니한다는 점에서 立憲主義에서 있지 아니하며, 中世英國의 貴族政的 立憲主義는 民主主義가 아니다. 古代 그리스 아테네의 直接民主主義가 立憲主義에 바탕을 두었는지는 의문이다. 그러나 오늘날의 民主主義를 多數의 支配와 少數의 保護를 운명으로하는 自由民主主義로 이해할 때에는 立憲主義 없이는 民主主義는 불가능하다고 생각한다.<sup>(6)</sup> 이러한 視角에서 볼 때에 우리나라에서 民主主義가 失敗하여왔다고 말할 수 있기 전에 立憲主義가 失敗하여왔다고 말할 수 있다는 생각을 금할 수 없다. 즉 立憲主義는 (自由)民主主義의 必須條件 또는 前提條件이라는 생각이다. 그렇다면 무엇이 民主化를 가능케 하느냐고 묻기 전에 무엇이 立憲主義를 가능케 하느냐 하는 質問을 제기할 수 있다고 생각한다. 즉 立憲主義의 前提(또는 必須)條件 및 그 助長條件등을 論하는 것이 대단히 중요하다고 생각한다. 그러한 까닭에 憲法の 守護, 憲法の 保障과 같은 問題는 우리나라의 憲法學이 풀어야 할 가장 중요한 問題가 된다. 다만 問題는 憲法保障의 (憲法的)制度나 裝置에 관한 論議를 뛰어넘어 超憲法的인, 政治·經濟·社會·文化的인 憲法保障의 制度, 裝置, 條件등도 진지하게 論議할 때가 되었다는 점이다. 그리고 이러한 視點에서 社會의 多元主義, 護憲的인 法文化 특히 尊法精神, 政治指導者의 憲法遵守의 善선수법등을 우리의 社會的與件 속에서 심각하게 論議할 필요가 있다고 생각한다.<sup>(7)</sup> 즉 우리의 社會的與件에 기초한 立憲主義의 前提條件 및 助長條件등을 이

(5) Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, rev. ed. (Boston: Ginn and Co., 1950), pp.25-28; Carl, J. Friedrich, *Constitutions and Constitutionalism in International Encyclopedia of the Social Sciences* (New York: Free Press, 1968), pp.319-320; 崔大權, 前揭論文 “立憲主義와 民主主義”, 361면 등.

(6) 崔大權, 前揭論文 “立憲主義와 民主主義”, 361-366면 참조.

(7) 崔大權, 前揭論文 “憲法の 法的性格에 관한 한 考察”, 80-82면 및 立憲主義와 民主主義”, 386-390면 참조.

야기하지 아니하고 立憲主義를 이야기할 수 없으며, 立憲主義를 論하지 아니하고 民主化를 論할 수 없다는 생각이다.

사실 우리가 憲法の 守護나 保障을 論議하지 아니하였던 것은 아니지만 우리의 論議는 原論의인, 그리고 (憲)法的 裝置나 制度——예컨대 大統領中心制나 內閣責任制나, 彈劾制度, 國務委員解任決議, 違憲法律司法審査制, 司法府獨立등——에 관한 論議에 그친 감이 없지 아니하다. 아무리 훌륭한 憲法保障 制度나 裝置라 하더라도 그 制度나 裝置는 결국 權力擔當者인 사람이 담당하여 運營한다는 사실에 주의할 필요가 있다. 따라서 擔當하는 사람이 움직이지 아니하고는 制度나 裝置는 作動하지 아니할 것임은 분명하다. 지나간 우리의 憲法史는 이 點을 應變으로 보여주고 있다. 近來 우리나라 司法府의 消極主義 또는 司法的 自制度 실은 완곡하게, 표현한 이러한 例의 하나라고 생각한다. 위에서 본 바와 같이 우리의 憲法이 失敗하여 왔다면 그것은 우리나라 憲法條項에 잘못된 것을 규정하여 놓았거나 꼭 규정하여야 할 것을 규정하지 아니하였기 때문이 아니다. 憲法保障의 制度나 裝置를 擔當하여 運營하는 權力擔當者가 제대로 움직여 運營하지 아니한 때문이다. 따라서 무엇이 사람을 움직이게 만드느냐, 특히 憲法守護의으로 움직이게 만드느냐와 같은 問題의 考察이 대단히 중요하리라 믿는다.

이와 동시에 우리의 觀心을 市民 쪽으로 돌릴 때가 되었다고 생각한다. 憲法保障의 憲法的 制度나 裝置를 믿을 수 없다면 護憲的인 市民을 最後의 堡壘로 하지 않을 수 없다고 생각한다. 權力의 便宜를 위하여 動員되는 大衆이나 일시적 흥분상태에서 움직이는 群衆이 아니라, 憲法守護를 위하여 作用하는, 市民意識을 가진 市民을 이야기하고자 하는 것이다. 지난번의 財産稅과등(1986年)에서 보여준 市民勢力은 이같은 市民勢力의 成長의 증거를 보여주는 例라고 생각한다. 이같은 視角에서 볼 때 基本權 保障은 두가지 側面이 있다고 생각한다. 基本權 保障은 基本權을 保障하는 制度나 裝置(예컨대 獨立한 司法府, 參政權에 대하여 選舉制度, 政黨制度등, 身體의 自由에 대하여 令狀制度, 適否審制度등)를 필요로 한다. 동시에 基本權은 그 享有者側의 積極的인 主張과 行使를 또한 전제로 한다. 따라서 基本權의 主體인 市民 쪽의 積極的인 主張과 行使 없이는 保障制度나 裝置만으로 保障될 수 없는 것이다. 그러므로 憲法이 失敗하여 왔다면 그 責任은 權力擔當者의 그것에 못지 아니하게, 그리고 궁극적으로는, 市民 쪽에 있는 것임이 분명하다. 이러한 의미에서 작게는 基本權保障의, 그리고 크게는 憲法保障의, 궁극적인 수단은 市民側의 基本權의 積極的인 主張과 活用に 있다고 생각한다. 이러한 생각은 基本權이란 制度化된 抵抗權이다, 즉 基本權의 平時形態이다 라는 생각에 바탕을 둔 것이다.<sup>(8)</sup>

(8) Harvey Wheeler, "Constitutionalism" in Fred I. Greenstein and Nelson W. Polsby, ed., *Governmental Institutions and Process, Handbook of Political Science*, vol. 5 (Reading: Addison-Wesley, 1975), pp. 6-7; 崔大權, "基本權의 보장과 실현", *大學新聞* 1986년 9월 15일자 등.

이처럼 基本權은 護憲的인 市民勢力 形成의 積極的 構成原理로 作用할 수 있다고 생각한다. 이러한 생각은 憲法制定權力이나 憲法改正權力을 규정함에 있어서도 하나의 가이드라인이 된다는 생각을 버릴 수 없다. 憲法制定權力이나 憲法改正權力을 이데올로기의으로 實體的으로만 규정할 것이 아니라, 그리하여 實際의 支配的인 勢力에 의한 制定 또는 改正을 正當化하는 理論으로만 使用케 할 것이 아니라, 護憲的인 市民勢力이 形成될 수 있도록 節次的으로 규정되어야 한다고 주장할 수 있게 한다. 진정으로 憲法制定權力이나 憲法改正權力인 「國民」이 「決定」하였다고 할 수 있기 위하여는, 첫째로 反對勢力도 制定 또는 改正過程에 參與할 수 있는 機會가 주어져야 하고(機會의 平等), 둘째로 身體의 自由, 言論·出版·集會·結社의 自由가 반드시 保障되어야 한다.<sup>(9)</sup> 이밖에도 市民의 積極的인 役割을 중심으로 여러 생각을 憲法學的으로 이끌어 낼 수 있으리라 믿는다.

## 4

위에서 우리나라에 있어서의 憲法規範과 憲法現實과의 乖離의 問題는 가장 심각하게는 立憲主義의 不在의 인식, 따라서 이로부터 도출되는 立憲主義確立이라는 當爲의 問題로 나타나고 있음을 지적하였거니와, 우리나라에 있어서의 立憲主義가 실은 「民衆」理論으로 대변되는 左傾法學에 의하여서도 심각하게 도전받고 있음을 우리는 분명하게 깨닫지 않으면 안된다고 생각한다. 問題의 심각성은 立憲主義가 確立되어 있는 나라에서 新맑시스트理論이나 批判的 法學理論(critical theory of law), 이와 같은 부류에 속하는 「民衆」理論이 제기하는 도전과 우리나라에서와 같이 아직 立憲主義가 제대로 確立되어 있지 아니한 나라에서 제기하는 도전이 대단히 相異하다는데 있다. 立憲主義가 確立되어 있는 나라에서는 이같은 批判的 理論은 신선한 批判的 視角과 反省의 機會를 줄 수 있으며, 한편 體制의 側面에서 볼 때에 이를 유연하게 수용하며 대처해 나가는 方法과 能力을 갖추고 있다. 그러나 立憲主義가 제대로 자라지 못한 나라에서는 批判的理論이란 자라지 못한 싹을 문질러 버리는 理論으로 作用할 수 있다. 뿐만 아니라 바로 立憲主義의 不在 때문에 이를 立憲主義體制內에서 제대로 다루어 나가는 方法과 能力을 터득하지 못하고 있다. 그리하여 그 挑戰에 대처함에 있어서 立憲主義의 諸原則에 어긋나는 또는 非法的인 手段이나 方法에까지 호소하는 수가 많으며 이러한 手段과 方法이 安保(體制維持)를 理由로하여 正當化되기도 한다. 이러한 事態는 이에 대한 反作用을 불러일으키게 되는데, 그 反作用은 體制(立憲主義) 擁護的인 反作用으로부터 마치 이 體制가 責任있는양, 이 體制下에서는 希望이 없는 양 體制를 거부하고 體制를 破壞하려고 드는 反作用에 이르기까지 다양한 요소를 보여줄 수 있다.

우리나라의 「民衆」理論은 立憲主義의 諸原則에 어긋나는 또는 非法的인 手段이나 方法에

(9) Friedrich의 前掲書 *Constitutional Government and Democracy*, pp.127-130 및 132-133; 崔大權 前掲論文 “立憲主義와 民主主義”, 385-386면 등 참조.

대한 反作用(즉 抵抗)을 옹호하고 正當化하는 理論을 전개하고 있는데, 아직까지는 立憲主義를 그 根本에 있어서 옹호하고 지지하는 立場인지 아니면 立憲主義를 거부하고 파괴하는 立場인지 반드시 분명치 아니하다. 즉 經濟·社會的인 프로그램에 있어서는 그 立場을 짐작할만하다고 생각하나, 위에서 定義한 立憲主義의 문제에 이르러 어떠한 立場이나 態度를 취하고 있는지는 반드시 分明하게 나타나고 있는 것은 아니다. 民衆概念을 중심으로하여 再構成하여야 한다고 主張하는 民衆憲法理論이나 學生그룹이 主張하는 소위 三民(民衆·民主·民族)憲法の 구호가 모두 그러하다. 위에서 基本權이란 制度化된 抵抗權이다, 平時的 抵抗權이다 라고 하였거니와 그러면 制度化가 안된 非常時的 抵抗權, 즉 본래의 抵抗權이란 어떠한 것이냐 하는 점을 明白하게 해둘 필요가 있다고 생각한다. 概念上 抵抗權이란 基本權이, 나아가 憲法이 破壞된데 대하여 抵抗(즉 反作用)하는 경우를 正當하는 主張이다. 따라서 概念上 抵抗權이란 立憲主義를 옹호하는 경우의, 즉 護憲的인 抵抗의 主張일 수 밖에 없다. 그러므로 不法 또는 憲法破壞에 대하여 抵抗하는 경우일지라도 破壞된 立憲主義를 세우려고 하는 護憲的인 抵抗의 경우가 아니면 다른 이름으로 부르는 것은 별문제이나 抵抗權의 行使라고는 할 수 없다고 생각한다. 革命에 대하여도 마찬가지로 이야기를 할 수 있다고 생각한다. 즉 立憲主義를 確立하는 革命만이 憲法制定權力의 行使이다. 따라서 革命이 立憲主義를 破壞하는 革命인 경우에는 憲法制定權力으로 作用하는 革命이라 할 수는 없을 것이다.<sup>(10)</sup>

그러면 우리나라에서 지금은 꽤 널리 쓰이게 된 「民衆」이란 어떠한 概念인가? 民衆 概念을 중심으로 하는 民衆理論이나 憲法理論은 어떠한 實體를 가지는 것일까? 民衆概念이 科學的 分析的 概念이기 보다는 일정한 主義·主張을 표방하는 이데올로기 概念이라고 하는 점은 이미 다른 글에서<sup>(11)</sup> 지적한 바가 있다. 무엇보다도 먼저 民衆이라는 어휘가 포섭하고자 하는 實體의 內容物이 무엇인지 그 限界가 어디까지인지 分析的으로 不分明한 것이 그 特徵이다. 民衆이 治者에 대한 被治者 일반을 지칭하는 것인지, 혹은 勞動者·農民을 지칭하는 것인지, 아니면 단지 庶民 일반을 이야기하는 것인지, 혹은 疏外된 人間을 의미하는 것인지가 不分明한 것이 그것이다. 그러한 만큼 이같은 內包나 外延이 不分明한 概念을 使用하여 어떻게 科學的 分析이 가능한지 의문이다. 한가지 分明한 것은, 西洋에서 만들어진 國民, 市民, 大衆(mass), 公衆(the public), 被治者, 프롤레타리아등의 概念에 의하여는 파악되지 아니하는 第三世界에 특유한, 특히 우리나라에 고유한 일정한 部類의 人間の 무리를 지칭하기 위하여 民衆이라는 用語를 使用한다는 것, 다만 그것이 正確히 무엇을 가리키는지를 定義내리려고 하기 보다는 外勢에 의하여 시달리고 外勢와 손 잡은 國內의 支配勢力에 의하여 억압당하고 착취당하고 있는 다수 部類의 人間을 포섭하려고 한다는 점,

(10) Friedrich의 前掲書 *Constitutional Government and Democracy*, pp.132-133 참조.

(11) 崔大權, “民族主義와 憲法”, 서울大學校 法學 25권 1호, 특히 59-62면(1984).



그리고 무엇보다도 이처럼 크게는 第三世界, 작게는 우리나라에서 政治·經濟·社會·文化의 主體가 되어야 한다는 主張을 내걸고 있다는 점, 그리하여 民主主義도 民衆이 주체가 되지 아니하면 民主主義라 할 수 없고 民族主義도 民衆이 主體가 되지 아니하면 진정한 民族主義라 할 수 없다는 主張등으로 요약해서 말할 수 있는 主義·主張을 행하고 있다는 점이다. 즉 명확하게 밝혀진 바가 없이 全體로 부터 일정한 部類(支配勢力)를 排除하고 남은 무리로 定義할 수 밖에 없는 民衆이 政治·經濟·社會·文化의 主體가 되어야 한다는 主義·主張을 실행하기 위하여 民衆이라는 用語가 만들어졌다고 할 수 밖에 없다. 아마도 民衆이 무엇이나 하는 問題 보다는 民衆이 主體가 되어야 한다는 主義主張 쪽이 民衆理論의 더 중요한 構成部分이라 믿어진다.

만약 民衆理論에 관한 이같은 풀이가 正確하다면, 「民衆」의 포섭 對象 및 主張에 따라, 被治者의 同意에 바탕을 두는 統治, 治者와 被治者의 自同性의 原理, 參與, 國民主權理論등을 비롯한 民主主義理論이나 自由 보다 平等을 더 중시하는 社會主義理論, 혹은 勞働者, 혹은 農民에 의한 革命이나 프롤레타리아獨裁를 주장하는 共產主義理論등의 既存의 理論에 의하여서는 왜 同一한 主義·主張을 할 수 없는 것인지를 묻는다. 民衆理論이 없더라도 말이다. 國家保安法の 適用對象이 되어있으며 「40年間の 反共教育의 結果」로 더 부각되어 있는 共產主義理論 및 民主主義는 論外로 하자. 國民主權主義나 民主主義 또는 社會主義는 왜 안되느냐? 예컨대 國民主權主義에 있어서의 國民이란 실은 하나의 虛僞意識이며 부르조아에 의한 事實上的 支配를 호도하는 概念에 불과하다는 것이다. 政治적으로 프랑스革命으로 代辯되는 近代市民革命 당시 「國民」이란 확실히 絕對君主勢에 대한 革命概念이었다. 全體國民을 포방하였지만 市民勢力이 주도하였던 것도 사실이다. 그러나 國民이 全體國民을 포방하였던 까닭에 市民階級이 포방한 自由·平等·博愛의 口號가 그후 프롤레타리아의 등장과 함께 그 政治的 主張, 특히 社會主義의 原理, 社會的 法治國家의 등장에도 기여하고 있음을 간과할 수 있다. 이 國民이라는 概念이 全體를 포방하는데 비해 民衆이라는 概念은 처음부터 全體를 포방하지 않는다는 點은 주목을 요한다고 생각한다. 왜냐하면 政治的 實際에 있어서는 누가 民衆에 포섭되며 누구는 民衆으로 부터 除外되어야 하는지의 問題에 이르게 되고, 나아가 누가 이 決定을 權威적으로 할 것인가 하는 問題가 제기될 수 밖에 없다고 생각되기 때문이다. 누가 民衆에 屬하고 屬하지 아니함의 決定權限을 가질 個人 또는 集團은 獨裁權限을 行使하는 個人 또는 集團이 될 수 밖에 없다. 이러한 생각은 民衆이 主體가 되는 政治體制를 想定할 때에 豫想되는 敍나리오의 歸結일 수 밖에 없을 것이다(이것이 아니다면 民衆이 어떻게 主體가 된다는 것인지, 民衆이라는 概念은 虛僞意識이 안된다는 법이 있는지, 대단히 나이브해지지 아니하는 한 상상하기 힘들다.). 그리고 이처럼 民衆이 主體가 되는 政治體制가 立憲主義에 바탕을 둘 것인지 어떤지의 立場에 관하여는 民衆理論의

主張속에서 밝혀져 있지 아니함을 이미 지적한 바가 있다. 立憲主義의 原理가 獨裁의 主張과 兩立할 수 없음은 물론이다.

아무튼 民衆理論이 단순히 낭만적인 市民의 意識化運動인지, 既存의 秩序를 民主적으로 改革하려는 改革運動인지, 혹은 民衆主導의 政治프로그램을 가지려는 政治革命運動인지의 分명한 判가름은 어렵지마는, 아마도 이제까지 側面과 要素를 두루 포섭하고 있는 우리나라 社會全體의 民主化過程의 중요한 動的要因임에는 틀림없다고 생각된다. 요컨대 우리 社會全體의 民主化의 徵表(symptom)의 하나임에 틀림 없다는 것이다. 즉 「젊었을 때에 한번 그랬다가 시집·장가가고 就職하면 사라지게 될 少數學生의 一時的인 過激한 主張에 不過한 것」으로 치부할 수 있는 것만은 아니다. 社會全體가 앓고 있는 民主化의 한 表現形態에 지나지 않는다는 것이고 一過的인 것으로 생각하는 것은 잘못이라는 것이다. 이러한 時點에서 우리나라가 當面한 課題는 民衆理論과 같은 徵表를 통해서 보여주고 있는 市民勢力의 成長과 民主的 要請을 수용하면서 過激한 主張에 대처해 나가는 能力과 方法을 터득하는 일이라고 생각하며, 그러한 能力과 方法은 단순한 安保論理만이 아니고 立憲主義에 바탕을 두는 것이어야 한다는 것이다. 위에서 간단히 살펴본 바와 같이 立憲主義의 바탕을 떠난 對處 方案은 極右와 極左의 兩極化의 길로 치닫기 쉽다는 것이다. 즉 立憲主義의 確立은 진정한 民主化의 前提 내지 必須條件이라는 것이다.

이와 관련하여 民衆理論을 비롯한 左傾理論이 종래의 憲法, 전통적인 法概念에 대하여 가지는 理解를 우리가 가지는 視角에서 言及하고 넘어가지 않을 수 없다고 생각한다. 左傾한 視角에서 바라본 法 내지 法制度란 支配의 道具에 불과하며 法이 내거는 正義의 概念이란 虛僞意識에 지나지 않으며 실은 支配階級の 利益, 支配階級の 意思를 대변할 뿐이라는 것이다. 이러한 主張은 그리스의 Thracymachus에 까지 거슬러 올라 가는 것이지만 오늘날의 民主主義에서 그 代表的 例를 본다. 요즘 美國에서 유행처럼 고개를 들고있는 進取한 批判的 法學이 또한 그러하다. 사실 正義니 法이니 하는 虛構 밑에서 벌어지고 있는 事實上의 支配關係, 그리고 法의 支配階級을 위한 道具로의 轉化를 예리하게 파헤치고 있는 實證적으로 부터 많은 것을 배우며 安逸했던 過去를 뒤우치고 自省의 契機로 삼게 만드는 것은 사실이다. 이같은 강력한 批判的 視角이 없었다면 우리는 항상 잘되고 있는 것으로만 착각하고 환상적인 法支配의 原理 속에 살아있을지도 모른다. 그러나 法이 支配階級을 위한 支配道具였다고 하는 「科學的」認識은 이로부터 法이 支配階級을 위한 道具여야 한다는 當爲命題를 도출해 내지는 않는다. 오히려 그 反對로 法 및 正義 본래의 要請으로 되돌아가야 한다는 命題가 나올 것이다. 그렇다면 우리는 傳統的 法學으로부터 출발하여 批判的 法學을 거쳐 다시 傳統的 法學으로 되돌아감을 발견하게 된다. 따라서 憲法學과 관련하여 이야기하면 종래의 憲法學이 제대로 그 本質的인 任務를 수행하지 못하였다면 어떻게 하면 본래의 任務를 수행하도록 할 수 있을까, 어떻게 하면 우리나라에서 憲法規範과 憲法現實과의 커다란 乖離

를 매울 수 있을가 하는 問題를 課題로 삼아야한다는 命題는 나와도 아직껏 憲法規範이 제대로 機能하지 못하였기 때문에 또는 虛僞意識에 바탕을 두었기 때문에 종래의 憲法規範을 종래의 憲法概念을 全的으로 버려야한다는 命題는 나오지 아니한다고 생각한다. 만약 그러한 命題가 가능하다면 그것은 憲法學을 빙자한 憲法破壞의 命題임에 틀림없다는 생각이다. 오히려 憲法 본래의 位置(즉 立憲主義)로 되돌아가자는 當爲命題가 나와야한다고 생각한다. 이것이 立憲主義라는 이름으로 이곳에서 主張하는 論議의 主旨이다. 立憲主義의 本質은 憲法을 통하여 權力——그 權力이 政治的인 것이든 經濟·社會·文化的인 것이든, 在來的인 것이든 外來的인 것이든——을 制約하고 合理化하는 것이며, 이를 통하여 憲法이 표방하는 正義와 法, 自由와 平等을 實現한다는 것이다. 合法性이나 安保를 빙자한 權力의 濫用 및 爲人設官의 改憲 못지 아니하게 不法에 대한 抵抗을 빙자한 憲法破壞의 發想 및 行動도 立憲主義와 兩立할 수 없다. 民衆理論은 이 後者 쪽의 傾向을 보이는 일이 많다.

## 5

이러한 問題들이야말로 憲法學이 다루어 풀어야 할 우리의 當面課題가 아닐까 생각한다. 즉 우리의 憲法學은 우리의 問題를 다루어야 한다는 命題를 천명한 것이다. 다만 우리가 當面한 問題를 푼다는 것이 憲法學의 普遍的인 命題나 基本的인 方法論까지 저버리고 獨不將軍式으로 나아가자는 主張은 아니다. 그러므로 가장 特殊(韓國)的인 것이 가장 普遍的인 것이 될 수 있다는 생각에 바탕을 두고 이야기하는 것이다. 우리나라의 특수한 事情에 바탕을 둔 우리나라의 특수한 憲法的 經驗이 人類普遍的 憲法的 知慧에 기여하는 그러한 關係를 염두에 두고 있는 것이다. 憲法이라는 이름이 붙었다고하여 그것이 다 憲法이 아니듯이 西洋의 憲法的 經驗이라고하여 그것이 다 우리에게 適實性(relevancy)을 가지는 것도 아니다. 결국 우리는 우리가 當面한 問題를 놓고 憲法이란 무엇이냐 하는 問題에 되돌아가야 한다고 생각한다.